

# Thomas Würtenberger

## *Unterrichtsausfall und chancengleicher Hochschulzugang*

Der Unterrichtsausfall an Schulen ist seit längerer Zeit in fast allen Bundesländern ein Politikum.<sup>1</sup> Landtagsanfragen kritisieren den Unterrichtsausfall als unzumutbar,<sup>2</sup> die Unterrichtsausfall-Statistiken der Kultusministerien<sup>3</sup> werden, soweit überhaupt erhoben, angezweifelt<sup>4</sup> und besorgte Eltern führen mit ihren Kindern über den Unterrichtsausfall mittlerweile Buch.

Der Unterrichtsausfall an Gymnasien wird vielfach als rechtlich nicht relevante Folge verfehlter Schulpolitik abgetan. Unterrichtsausfall ist aber dann nicht mehr ein bloß ärgerliches Politikum, wenn die betroffenen Schüler auf Grund eines unverhältnismäßigen und damit unzumutbaren Unterrichtsausfalls nicht jene Abiturnote und nicht jene Möglichkeiten des Hochschulzugangs erreichen, die ihnen bei ordnungsgemäßem Unterricht möglich gewesen wären. Damit geht es im Folgenden um die *Ermöglichung eines chancengleichen Hochschulzugangs* durch eine *Organisation des Schulunterrichts*, der sich seinerseits am *Gebot der Chancengleichheit* ausrichtet.

Zu klären ist zunächst, ob und in welchem Umfang es zu unverhältnismäßigem und unzumutbarem Unterrichtsausfall kommt und welche bildungspolitischen Folgen mit ihm verbunden sind (I.) Auf diesem Hintergrund werden Verfassungsfragen eines Rechts auf Bildung (II., 1) kurz angesprochen, um sodann ein subjektiv-öffentliches Recht auf die Erteilung von Unterricht in gleicher Weise entsprechend den Stundenplänen (II., 2) zu begründen. Der Schwerpunkt der Überlegungen zum Recht auf chancengleichen Unterricht liegt auf der Begründung des *Junktim*s vom *Recht auf Chancengleichheit im Unterricht* und dem

*Recht auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium sowie zur Berufsausbildung*. Das Recht auf Gleichheit im Unterricht verlangt nicht, dass nicht ab und an Unterrichtsstunden ausfallen dürften. Zu bestimmen ist vielmehr der nicht mehr verhältnismäßige und damit unzumutbare Unterrichtsausfall (II., 3).

Was nicht möglich ist, kann rechtlich auch nicht durchgesetzt werden. Manchen Unterrichtsausfall kann man nicht verhindern. Was aber zu verlangen ist: Vom Haushaltsgesetzgeber,<sup>5</sup> von den Kultusministerien und den Gymnasien ist alles zu veranlassen, was einen den Stundenplänen widersprechenden und damit die Chancengleichheit beeinträchtigenden Unterrichtsausfall verhindern kann (III.).

### **I. Der Unterrichtsausfall und seine bildungspolitischen Folgen**

In welchem Umfang Unterrichtsstunden an Gymnasien ausfallen, ist von Bundesland zu Bundesland verschieden. Wenn an dieser Stelle ausführlicher auf den Unterrichtsausfall in Baden-Württemberg eingegangen wird (1.), so ist dies der hier besonders guten Datenbasis geschuldet. In einigen anderen Bundesländern bestehen über die Jahre hinweg vergleichbare Ausfallzahlen.<sup>6</sup> Dass der Unterrichtsausfall bildungspolitisch und für die reale Verwirklichung von Chancengleichheit eine gravierende Fehlentwicklung ist, ist bislang von den Kultusministerien, aber auch vom Haushaltsgesetzgeber offensichtlich nicht hinreichend gewürdigt worden (2.).

1 Die Ausführungen beruhen zum Teil auf einem Rechtsgutachten für eine Elterninitiative in Baden-Württemberg.

2 BW LT-Drs. 16/4642 vom 15.8.2018 zur systematischen Erfassung des Unterrichtsausfalls; NRW LT-Drs. 16/14986 vom 2. 5. 2017 zu Unterrichtsausfall und Stellenbesetzungen; Brbg LT-Drs. 6/8059 vom 30. 1. 2018 zum Stundenausfall; Drs. der Hamburger Bürgerschaft 21/12803 vom 30. 4. 2018 zu Risiken und Nebenwirkungen des Unterrichtsausfalls an staatlichen Schulen.

3 Vgl. Fn. 6.

4 So titelt die FAZ in der Ausgabe für Hessen vom 25.4.2018: „Landtag streitet über Unterrichtsausfall“, <https://www.faz.net/aktuell/rheinmain/hessischerlandtag-streitet-ueber-unterrichtsausfall-15559655.html> (abgerufen am 25. 8. 2019). Oder ein Beispiel für eine Kontroverse zwischen obersten Landesbehörden: Der Landesrechnungshof von Schleswig-Holstein hat dem Kultusministerium in einem Prüfbericht verfehlte statistische Angaben über den Unterrichtsausfall vorgeworfen: [https://landesrechnungshof-sh.de/file/bemerkungen\\_2012\\_tz12](https://landesrechnungshof-sh.de/file/bemerkungen_2012_tz12) (abgerufen am 25.8.2019).

5 Hierzu unter III.

6 Einige Prozentzahlen des Unterrichtsausfalls aus den nicht immer vergleichbaren statistischen Angaben der einzelnen Bundesländer mögen genügen: In Bremen fiel im Zeitraum vom August 2018 bis Januar 2019 3, 8 % des Unterrichts aus, 7,5 % des Unterrichts wurde vertreten oder durch Selbststudium ersetzt ([https://www.bildung.bremen.de/vertretung\\_und\\_unterrichtsausfall-4378](https://www.bildung.bremen.de/vertretung_und_unterrichtsausfall-4378); abgerufen am 25.8.2019). In Hamburg konnte im Halbjahr 2016/2017 nur 85 % des Unterrichts nach Plan erteilt werden (Bürgerschaftsdrucksache 21/12803 vom 30.4.2018, Anlage 2). In Thüringen fiel laut Rechnungshofbericht von 2013 4,4 % des Unterrichts ersatzlos aus und 5,4 % wurde fachfremd vertreten ([https://www.thueringer-rechnungshof.de/files/1584E80E375/2013\\_02\\_sonderbericht\\_2609.pdf](https://www.thueringer-rechnungshof.de/files/1584E80E375/2013_02_sonderbericht_2609.pdf)) (abgerufen am 25.8.2019). In Berlin fielen im Schuljahr 2016/2017 11,2 % des Unterrichts aus, wobei 9 % des ausgefallenen Unterrichts durch Vertretungskräfte besritten wurde: Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie, Blickpunkt Schule. Schuljahr 2017/2018, S. E 1, 2; ein vergleichbarer Prozentsatz an Unterrichtsausfall und Vertretungsunterricht ergibt sich für das Land Brandenburg (LT-Drs. 6/8926 vom 11.6.2018, S. 1).

## 1. Der Unterrichtsausfall

Wenden wir uns beispielhaft dem Unterrichtsausfall an Gymnasien in Baden-Württemberg zu. Im Jahr 2018 hat sich das Kultusministerium dazu entschlossen, den Unterrichtsausfall an Schulen durch eine „Vollerhebung an den öffentlichen Schulen in Baden-Württemberg“ im Zeitraum vom 11. – 15. Juni 2018 zu erfassen. Für die allgemein bildenden Gymnasien ergaben sich:

- Unterrichtsausfall 6,6 %
- Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft 12,7 %
- Vertretungen 6,1 %<sup>7</sup>

Die zweite vom Kultusministerium durchgeführte „Vollerhebung an den öffentlichen Schulen in Baden-Württemberg“ im Zeitraum vom 12. – 16. November 2018<sup>8</sup> zeigt für die allgemein bildenden Gymnasien ein etwas positiveres Bild:

- Unterrichtsausfall 4,9 %
- Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft 9,8 %
- Vertretungen 4,8 %

Diese Statistik unterscheidet, wie die Statistiken anderer Bundesländer, zwar zwischen völligem Unterrichtsausfall und Unterricht durch eine Vertretungskraft.<sup>9</sup> Gleichwohl ist aber dem *Unterrichtsausfall* in aller Regel der *Unterricht in Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft* zuzurechnen. Ein Unterricht in Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft ist einem Unterrichtsausfall (fast) gleich zu setzen. Bei einer Vertretungsstunde mangelt es an der Kontinuität der Vermittlung des Stoffes, an der Kenntnis der Stärken und Schwächen der jeweiligen Schüler und der Klasse insgesamt sowie oft auch an der Beherrschung des entsprechenden Fächerkanons.

Die statistischen Angaben, die die Kultusministerien veröffentlichen, sind *lediglich Mittelwerte*. Es gibt aufs Ganze gesehen im jeweiligen Bundesland immer Gymnasien, an denen nur wenig Unterricht ausfällt, und umgekehrt, an denen besonders viel Unterricht ausfällt. Wie die *Spreizung* zwischen Gymnasien mit extrem wenig und extrem hohem Unterrichtsausfall aussieht, ist den Kultusverwaltungen bekannt, entsprechende Daten sind aber bislang kaum zugänglich.<sup>10</sup> Nach Erhebungen des Unterrichtsausfalls an

einzelnen Gymnasien spricht alles dafür, dass es Gymnasien mit hohem Unterrichtsausfall weit über dem jeweils ermittelten Mittelwert gibt. Wenn das Mittel von Unterrichtsausfall und Vertretungsunterricht in einem Bundesland bei etwa 10% der obligatorischen Unterrichtsstunden liegt, dann gibt es dort in der Regel Gymnasien, an denen bis zu 15 % oder mehr kein Unterricht durch die zuständige und entsprechend qualifizierte Lehrkraft stattfindet.

Nicht nur der Unterrichtsausfall an Gymnasien wird mit *statistischen Mittelwerten* verniedlicht. Die Unterrichtsausfall-Statistiken an einem einzelnen Gymnasium zeigen ebenfalls nur Mittelwerte. An den jeweiligen Gymnasien gibt es einzelne Fächer mit deutlich höherem Unterrichtsausfall. An einem Gymnasium mit einem Mittelwert des Unterrichtsausfalls von 10 % ist ein Unterrichtsausfall von *über 20% in einem einzelnen Fach* kein Einzelfall, wie einige der von Eltern mit ihren Schülern geführten Unterrichtsausfall-Statistiken zeigen.

## 2. Folgen des Unterrichtsausfalls

Die Folgen von Unterrichtsausfällen und von nicht hinreichend qualifiziertem Vertretungsunterricht in der vorstehend dargelegten Größenordnung lassen sich nicht verharmlosen:

### a) Gravierende Defizite beim Ausschöpfen des individuellen Bildungspotentials und der Bildungsressourcen

Wenn wegen der Unterrichtsausfälle und des vertretungsweisen Unterrichts das G 8 fast zu einem G 7 bzw. das G 9 zu einem G 8 wird, leidet die Qualität gymnasialer Ausbildung. Man wird kaum behaupten können, dass das Erreichen der rechtlich definierten Unterrichtsziele auch dann möglich sei, wenn (fast) ein ganzes Jahr regulären Gymnasialunterrichts entfällt.

Es leidet nicht nur die Qualität der gymnasialen Ausbildung insgesamt. Ebenso leidet die Qualität der Ausbildung in einzelnen Fächern. Wenn während eines Halbjahres 20% des Unterrichts zum Beispiel im Fach Deutsch ausfällt, lassen sich die im Deutschunterricht zu vermittelnden Kenntnisse, Fähigkeiten strukturierter Gedankenführung in Schrift und Wort sowie besondere Ausdrucksformen nur sehr begrenzt und lückenhaft vermitteln.

7 Die von der ARGE Stuttgart mit Genehmigung des Kultusministeriums erhobenen Daten liegen jedoch deutlich höher: 13,5 % der Unterrichtsstunden fielen aus oder wurden durch Vertretungen erteilt (BW LT-Drs. 16/4642, S. 2).

8 <https://km-bw.de/site/pbs-bw-new/get/documents/KULTUS.Dachmandant/KULTUS/KM-Homepa-pa-ge/Pressemitteilungen/Pressemitteilungen%202019/2019%2001%2014%20Zweite%20Vollerhebung%20-%20Anlage%20Auswertung%20Unterrichtsausfall.pdf> (abgerufen am 29.8.2019).

9 Ähnlich die statistischen Angaben der meisten Bundesländer, wie zum Beispiel die Berliner Statistik für das Schuljahr 2016/2017: Vertretungsunterricht 9 %, Ausfall von Unterricht 2,2 % (Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie, Blickpunkt Schule. Schuljahr 2017/2018, S. E 1, 2).

10 Nur in wenigen Bundesländern wird der Unterrichtsausfall auch bezogen auf einzelne Gymnasien veröffentlicht. Hier zeigt sich eine erhebliche Spreizung zwischen den vom Unterrichtsausfall weitgehend verschonten und besonders belasteten Gymnasien.

Ein erheblicher Unterrichtsausfall führt notwendigerweise dazu, dass die hiervon betroffenen Schüler schlechter als andere Schüler mit regulärem Unterricht in ihrer *Persönlichkeitsentwicklung* gefördert und auf das *Berufsleben* vorbereitet werden. Dies wiederum führt zu Leistungsdefiziten, die sich in ihren Schulnoten niederschlagen.<sup>11</sup> Ein unverhältnismäßiger und damit unzumutbarer Unterrichtsausfall verstößt damit gegen das *Gebot der Chancengleichheit*, das zu beachten ist, wenn der Schulunterricht der Persönlichkeitsentwicklung und der Vorbereitung auf das Berufsleben dient. Den einen Schülern den hierfür rechtlich vorgesehenen Unterricht zu bieten, anderen Schülern aber zu versagen, ist ein Verstoß gegen die vom Staat in einer bürgerlichen Gesellschaft zu fördernde *Egalität bürgerlicher Bildung und Ausbildung*.<sup>12</sup>

Um es auf eine einfache je-desto-Formel zu bringen: Je mehr Unterrichtsausfall in der Schulzeit stattfindet, desto geringer sind die Chancen des Schülers, in den durch den Schulunterricht zu vermittelnden bildungspolitischen Zielen gefördert zu werden.

Blickt man insbesondere auf die Abiturprüfung in den einzelnen Prüfungsfächern: Durch Beschlüsse der Kultusministerkonferenz ist festgelegt, was im Abitur mit welchem Leistungsprofil zu prüfen ist. Dieses Leistungsprofil lässt sich nur mangelhaft erreichen, wenn zum Beispiel an einem Gymnasium innerhalb eines Halbjahres mehr als 8 % des Unterrichts oder in einem Kernfach in den Klassen vor dem Abitur teilweise 15% des Unterrichts ausgefallen oder von nicht ausreichend qualifizierten Lehrkräften vertreten worden ist.

Konsequenz ist, dass eine Kohorte von Schülern die Hochschulreife zwar erreicht, deren Schulunterricht aber an derart gravierenden Ausfällen gelitten hat, dass ihr *Bildungspotential* wegen des Mangels an chancenglei-

chem Schulunterricht *nicht* annähernd *ausgeschöpft* worden ist.

Die gesamtgesellschaftlichen negativen Folgen dieses Versagens der Schul- und Bildungspolitik sind bekannt. Mängel im Bildungssystem haben negative Auswirkungen nicht nur auf die ökonomische und gesamtgesellschaftliche Entwicklung, sondern auch auf die Verwirklichung persönlicher Lebensentwürfe.

#### b) Zur diskriminierenden Wirkung von Unterrichtsausfall

Zwischen Unterrichtsausfall und Lern- bzw. Bildungserfolg besteht, um es zu wiederholen, ein *negativer Kausalzusammenhang*.<sup>13</sup> Der Unterrichtsausfall in den Kernfächern hat für den Schüler zur Folge, dass er seine Bildungsmöglichkeiten nicht wie bei rechtskonformem Unterricht wahrzunehmen vermag.

Durch den Minderunterricht ist er in seinem Recht auf gleichen Unterricht und gleiche (Berufs-)Bildungsmöglichkeiten, wie sie die Schüler seiner Jahrgangsstufe erhalten, diskriminiert.

Insbesondere korreliert der Unterrichtsausfall bereits ab der Klasse 10 mit den Leistungen, die im Abitur erbracht werden. Je höher der Prozentanteil an Unterrichtsausfall oder nicht qualifizierter Unterrichtsvertretung ist, desto schlechter sind die Leistungen im Abitur und konsequenter Weise auch die Abiturnote. Der Schüler kann im Abitur nicht das Leistungsniveau und nicht den Notenschnitt erreichen, den er ohne Unterrichtsausfall hätte erreichen können. Dies betrifft insbesondere die Fächer, bei denen die Aufgaben zentral gestellt und auch zentral korrigiert<sup>14</sup> werden. Bei der zentralen Bewertung dieser Arbeiten kann und darf nicht auf den Unterrichtsausfall an einer Schule Rücksicht genommen werden.

11 *Merkens*, in: Bellmann/Merkens (Hrsg.), *Bildungsgerechtigkeit als Versprechen*, 2019, S. 188 insbesondere zur Korrelation von Vertretungsunterricht und Leistungsniveau der Schüler. In der Bildungsforschung wird allerdings auch eine zurückhaltendere Würdigung der Folgen des Unterrichtsausfalls vertreten: Bestritten wird, dass ein „linearer Zusammenhang zwischen der tatsächlichen Unterrichtszeit und dem Lernerfolg der Schülerinnen und Schüler vermittelt über die aktive Lernzeit besteht“. Man meint, „der Lernerfolg der Schülerinnen und der Schüler (hänge) von der Qualität des Unterrichtsangebots sowie der individuellen Nutzung dieses Angebots durch die Schülerinnen und Schüler ab und somit nur mittelbar von der tatsächlichen Unterrichtszeit“ (*Bellenberg/Reintje*, *Möglichkeiten einer Ermittlung des Unterrichtsausfalls an den Schulen in Nordrhein-Westfalen*, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Schule und Weiterbildung NRW, 2013, S. 7; [https://www.schulministerium.nrw.de/docs/bp/Ministerium/Service/Schulstatistik/Sonstige-Statistiken/Gutachten\\_Ermittlung\\_Unterrichtsausfall.pdf](https://www.schulministerium.nrw.de/docs/bp/Ministerium/Service/Schulstatistik/Sonstige-Statistiken/Gutachten_Ermittlung_Unterrichtsausfall.pdf), abgerufen am 27.8.2019). Die bildungspolitischen Folgen von Unterrichtsausfall derart herunterzuspielen, ist möglicherweise dem Auftraggeber des Gut-

achtens geschuldet, der wegen des Umfangs des Unterrichtsausfalls immer wieder öffentlich kritisiert wurde. Davon abgesehen sind die Thesen von *Bellenberg* und *Reintje* nicht schlüssig. Wenn es richtig ist, dass der Lernerfolg von der Qualität des Unterrichts abhängt, ist der Lernerfolg gleich Null, wenn überhaupt kein Unterricht stattfindet, oder deutlich geschmälert, wenn ein wenig qualifizierter Vertretungsunterricht angeboten wird. Die Relation zwischen Unterrichtsausfall und Lernerfolg lässt sich also nicht anzweifeln. So müssen die Autoren bei der Auswertung der von ihnen referierten internationalen Studien denn auch einräumen, dass der Unterrichtsausfall neben anderen Faktoren zum Absinken des Leistungsniveaus beiträgt.

12 Zur Gleichheit als Leitprinzip der gesamten Rechtsordnung: *Zippelius/Würtenberger*, *Deutsches Staatsrecht*, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn. 1 ff.; *Zippelius*, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 2. Aufl. 1996, Kap. 26.

13 *Forkel*, *Unterrichtsausfall als Rechtsproblem*, *SächsVBl.* 2010, 282 sowie die Nachw. in Fn. 11.

14 Etwa durch einen neutralen Zweitkorrektor.

Schüler aus bildungsferneren Familien werden durch den Unterrichtsausfall doppelt diskriminiert. Ihnen fehlt jene Unterstützung, die Kinder aus bildungsnahen Familien in derartigen Situationen erfahren können.<sup>15</sup>

c) Zu Einwänden gegen die negativen Folgen von Unterrichtsausfall

Den hier skizzierten negativen Folgen von Unterrichtsausfall könnte man entgegenhalten, dass die in der Klasse 10 (und auch in früheren Klassen) des Gymnasiums erreichten Noten für die Bildung der Abiturnote nicht relevant seien. Es fehle damit an einem rechtlichen Interesse an chancengleichem Unterricht in dieser Unterrichtsstufe, ein Unterrichtsausfall sei damit rechtlich irrelevant.

Dieser Einwand kann nicht überzeugen: Denn wo die Grundlagen in den im Abitur zu prüfenden Fächern nicht entsprechend den jeweiligen Stundenplänen gelegt sind, muss in den beiden Jahren vor dem Abitur jenes an Grundlagen vermittelt werden, worauf der weiterführende Unterricht nach den Lehrplänen aufzubauen hat. Wo nicht auf den nach den Lehrplänen vorgeschriebenen und erworbenen Vor- und Grundkenntnissen aufgebaut werden kann, ist der Unterricht zwei Jahre vor dem Abitur defizitär. Denn wenn in den Abiturklassen ausgefallener Unterricht nachgeholt werden muss, lassen sich nicht die Leistungen erzielen, die bei ordnungsgemäßem Unterricht in früheren Klassen möglich waren.

Dem Recht auf chancengleichen Unterricht lässt sich, so ein weiterer möglicher Einwand, auch nicht entgegenhalten, dass der Schüler wegen des hohen Maßes an Unterrichtsausfall in seinem Bundesland nicht in seinem Recht auf chancengleichen Unterricht diskriminiert werde. Denn es gäbe in seinem Bundesland eine Vielzahl von Schülern in vergleichbarer Situation. Weil es an einzelnen Gymnasien und in einzelnen Abiturfächern eine erhebliche Spreizung zwischen regulär erteiltem Unterricht und Unterrichtsausfall gäbe, würde es kein Recht auf Chancengleichheit durch Erteilung des rechtlich vorgesehenen Unterrichts geben. Es ist verfehlt, die *Faktizität des Unterrichtsausfalls* der Gleichheitsprüfung zu Grunde zu legen. Bezugsrahmen der Gleichheitsprüfung kann lediglich die rechtlich festgesetzte Zahl von Unterrichtsstunden in einzelnen Fächern sein. Der rechtlichen Verpflichtung zur Organisation eines chancengleichen Unterrichts kann sich die Kultusverwaltung nicht durch Verweis auf Unterrichtsausfälle entziehen.<sup>16</sup>

d) Diskriminierung wegen der Vergabe von Studienplätzen nach der Abiturbestenquote

Im Auswahlverfahren der Hochschulen werden Studienplätze zum Teil nach der Abiturbestenquote vergeben. Auch nach dem dritten *numerus clausus*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>17</sup> erfolgt die Vergabe eines Teils der Studienplätze in zulassungsbeschränkten Fächern nach wie vor nach der Abiturbestenquote.<sup>18</sup> Dies ist in § 11 der „Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung (VergabeVO Stiftung)“ geregelt:

§ 11 Auswahl in der Abiturbestenquote

- (2) 1 Für die Besetzung der Studienplätze in der Abiturbestenquote werden so viele Bewerberinnen und Bewerber ausgewählt, wie insgesamt in dieser Quote Studienplätze zu vergeben sind. 2 Die Auswahl erfolgt nach Absatz 3 bis 5; dabei werden §§ 12 und 13 angewendet.
- (3) 1 Die Rangfolge wird durch die nach Anlage 2 ermittelte Durchschnittsnote bestimmt. 2 Eine Gesamtnote gilt als Durchschnittsnote nach Satz 1.
- (4) Wer keine Durchschnittsnote nachweist, wird hinter die letzte Bewerberin und den letzten Bewerber mit feststellbarer Durchschnittsnote eingeordnet.
- (5) Wer nachweist, aus in der eigenen Person liegenden, nicht selbst zu vertretenden Gründen daran gehindert gewesen zu sein, eine bessere Durchschnittsnote zu erreichen, wird auf Antrag mit der besseren Durchschnittsnote berücksichtigt.

Die Kultusministerkonferenz hat beschlossen, die Abiturbestenquote von 20 auf 30 Prozent zu erhöhen, weil der Abiturnote wird nach vor eine hohe Prognosekraft für den Studienerfolg attestiert wird. Um unter vergleichbaren Unterrichtsbedingungen die individuell bestmögliche Abiturnote und Abiturbestenquote erreichen zu können, bedarf es in dem jeweiligen Bundesland eines Unterrichts, der in den Abiturfächern für alle Schüler in gleicher Stundenzahl erfolgt und damit das Gebot der Chancengleichheit verwirklicht.

In diesem Kontext stellt sich die weitere Frage: Entfällt die Benachteiligung des Schülers beim Erreichen der für ihn bestmöglichen Abiturnote dadurch, dass nach § 11 Abs. 5 der „Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung (VergabeVO Stiftung)“ berücksichtigt wird, dass er wegen Unterrichtsausfalls

15 Brenner, in: Bellmann/Merkens (Hrsg.), *Bildungsgerechtigkeit als Versprechen*, 2019, S. 36 f.

16 Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn 70 f. zur Frage der Gleichbehandlung im Unrecht.

17 BVerfGE 147, 253 ff.

18 Hierzu Brehm *Konsequenzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Dritten Numerus-Clausus-Urteil vom 19.12.2017 aus anwaltlicher Sicht*, *Ordnung der Wissenschaft (OdW)*, 2019, 36, 37 (zur Abiturbestenquote).



mit einer besseren Durchschnittsnote zu bewerten ist.<sup>19</sup> Ob sich der Schüler mit einem entsprechenden Antrag im Verfahren der Vergabe von Studienplätzen durchzusetzen vermag, ist fraglich. Von der Rechtsprechung werden hohe Anforderungen an die Begründetheit eines derartigen Antrags gestellt:

„Die hier aufgeworfene Problematik der Anforderungen an Anträge auf Vergabe eines Studienplatzes innerhalb der Kapazität ist nämlich dadurch geprägt, dass der Studienplatzbewerber grundsätzlich nur zum Zug kommen kann, wenn es ihm gelingt, einen der sonst nach den maßgeblichen Kriterien auszuwählenden Bewerber zu verdrängen. Hieraus schlussfolgert die Rechtsprechung in Bezug auf die in Fällen des Nachteilsausgleichs vorzunehmende Prüfung, dass eine strenge Betrachtungsweise geboten ist, eben weil jeder Nachteilsausgleich zugunsten eines Studienbewerbers das Teilhaberecht eines Anderen aus den Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG verdrängt.“<sup>20</sup>

Es besteht also immerhin die abstrakte Möglichkeit, eine Aufbesserung der Abiturdurchschnittsnote im Verfahren der Studienplatzvergabe zu erreichen. Ob überhaupt sowie in welchem Zeitraum unter Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes dies dem Schüler gelingt, ist nicht vorherzusagen. Die Ausgleichsmöglichkeiten bei der Berechnung der Abiturbestenquote nehmen dem Schüler nicht das Rechtsschutzbedürfnis dahingehend, einen Anspruch auf Unterricht ohne unzumutbarem Unterrichtsausfall gerichtlich durchzusetzen.

## II. Verfassungsrechtliche Garantie eines hinreichenden und im Umfang für alle Schüler im wesentlichen gleichen Unterrichts

Der vorstehend beschriebene erhebliche Unterrichtsausfall verstößt gegen die verfassungsrechtliche Garantie eines hinreichenden und im Umfang für alle Schüler im wesentlichen gleichen Unterrichts. Das Recht auf Bildung und Ausbildung (1.) umfasst einen Anspruch auf gleiche Erteilung von Unterricht, wie er in den Stundenplänen der Gym-

nasien vorgesehen ist (2.).

### 1. Das Recht der Schüler auf Bildung

#### a) Zum verfassungsrechtlichen Schutz eines Rechts auf Bildung

Anders als manche Landesverfassungen regelt das Grundgesetz kein Recht auf Bildung. Die Existenz eines aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und aus der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) abzuleitenden „Rechts auf Bildung“ ist von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang offengelassen worden.<sup>21</sup> In Literatur und Rechtsprechung<sup>22</sup> wird ein Recht auf Bildung tendenziell bejaht. Nach *Badura* sind die Schüler „mit ihrem Persönlichkeitsrecht und dem „Recht auf Bildung“ der subjektive Orientierungsmaßstab des komplexen Rechtsgebildes Schule, des Unterrichts und der schulischen Erziehung“.<sup>23</sup>

Das im Persönlichkeitsrecht und in der Berufsfreiheit wurzelnde Recht auf Bildung besteht nach überwiegender Ansicht allerdings nur für den gleichen Zugang<sup>24</sup> zu den staatlichen Bildungseinrichtungen.<sup>25</sup> Es dient lediglich der „Startgleichheit“ bei der Verwirklichung des Rechts auf Chancengleichheit.<sup>26</sup>

Grund für diese Begrenzung eines Rechts auf Bildung ist: Der Landesgesetzgeber hat einen *erheblichen*, allerdings nicht unbegrenzten *Gestaltungsspielraum* bei der Festlegung der Schulform, der Unterrichtsziele und der Verteilung der Stundendeputate auf einzelne Fächer. In welcher Weise und in welchem Umfang in den einzelnen Bundesländern das Recht auf Bildung wahrgenommen werden kann, wird durch parlamentsbeschlossene Gesetze vor allem im Bildungs- sowie im Schulrecht geregelt.

#### b) Recht auf gleiche Persönlichkeitsentfaltung im Bereich der Bildung

Anderes gebietet jedoch das *Recht auf gleiche Persönlichkeitsentfaltung* im Bereich der Bildung, wenn bildungs- und schulrechtliche Regelungen bestehen. Wenn rechtlich vorgesehen wurde, welche Unterrichtsfächer mit

19 Zu den Anforderungen entsprechender, von der Schule zu erstellender Gutachten: <https://zv.hochschulstart.de/index.php?id=321> (abgerufen am 26. 8. 2019).

20 OVG Saarlouis, Beschluss vom 29.10.2015, Az 1 B 189/15, Rn. 10 f., juris

21 BVerfGE 45, 400, 417; BVerfG-K NVwZ 2018, 728 Rn. 25; vgl. auch OVG NRW, Beschluss vom 26. April 1995 – 19 B 765/95, Rn. 3, juris zu einem Anspruch des Schülers auf Erziehung und Bildung nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 Verf NRW.

22 BVerwGE 47, 201; BVerwGE 56, 155, 158

23 *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 84. EL August 2018, Art. 7 GG Rn. 3.

24 Vertiefend *Sachs*, Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnungen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.),

Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 183 Rn. 156 ff.; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 7 GG Rn. 2: Recht auf Bildung als ein den Gesetzgeber verpflichtendes Verfassungsprogramm; nach *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Art. 2 GG Rn. 111 kann ein Recht auf Bildung allein aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG folgen, also aus einer gleichen Teilhabe an den staatlichen Bildungseinrichtungen.

25 So *Stüer*, Recht auf unverkürzten Unterricht, RdJB 1986, 282 ff.; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 84. EL August 2018, Art. 7 GG Rn. 5; vgl. auch *Achilles*, PdK He G1. Umfang des Unterrichtsanspruchs, Ziffer 3.1.

26 *Kirchhof*, Art. Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 187 mit Nachw.

welcher Zahl von Wochenstunden und mit welchen Zielsetzungen zu unterrichten sind,<sup>27</sup> ergibt sich die Verpflichtung, durch organisatorische Maßnahmen sicher zu stellen, dass der entsprechende Unterricht auch allen Schülern in gleicher Weise erteilt werden kann.

Der zeitliche Umfang des Schulunterrichts ist rechtlich geregelt. Für die Stundendeputate für die einzelnen Fächer an Gymnasien bestehen rechtliche<sup>28</sup> oder durch Verwaltungsvorschrift festgelegte Vorgaben. Für den auf das Abitur vorbereitenden Unterricht an Gymnasien ist zunächst auf die von der Kultusministerkonferenz verabschiedeten einheitlichen Prüfungsanforderungen in der Abiturprüfung (EPA) zu verweisen.<sup>29</sup> Nach diesen Vorgaben wird durch Rechtsverordnung des Kultusministeriums<sup>30</sup> vorgeschrieben, welches Fach in welcher Jahrgangsstufe in welchem Umfang an Stunden am Gymnasium zu unterrichten ist. So ist etwa geregelt:

„Die Kernfächer Deutsch, fortgeführte Fremdsprache und Mathematik sind für alle Schülerinnen und Schüler verbindlich und werden mit vier Wochenstunden unterrichtet. Sie sind Teil der schriftlichen Abiturprüfung. Die Fächer Geschichte, Musik oder Kunst, Religionslehre oder Ethik und Sport müssen – sofern sie nicht Wahlkernfach sind – über vier Halbjahre zweistündig belegt werden, Gemeinschaftskunde und Geographie in der Regel zwei Halbjahre zweistündig.“<sup>31</sup>

Unter dieser Voraussetzung fordert der in Art. 3 Abs. 1 GG geregelte allgemeine Gleichheitssatz, dass jedem betroffenen Schüler in gleichem Stundenumfang der jeweilige Unterricht erteilt wird.<sup>32</sup> Denn Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) garantiert über die herkömmliche

Abwehrfunktionen hinaus ein *Recht auf gleiche Chancen zur Persönlichkeitsentwicklung* im öffentlichen Bildungs- und Schulwesen. Beim Besuch einer staatlichen Schule sichern diese grundgesetzlichen Regelungen ein Recht auf Chancengleichheit, das unter anderem durch gleichen Unterricht für die Kohorten eines Jahrgangs zu gewährleisten ist.<sup>33</sup>

Dieses Recht auf chancengleichen Unterricht wird zudem durch die *Chancengleichheit im Prüfungsrecht*<sup>34</sup> gewährleistet. Die Chancengleichheit im Prüfungsrecht ist nicht nur verletzt, wenn geprüft wird, was nicht Gegenstand des Schulunterrichts war, sondern auch, wenn eine Kohorte von Schülern regulären Unterricht hatte, eine andere aber in unverhältnismäßiger und unzumutbarer Weise durch Unterrichtsausfall bedingt nur lückenhaft unterrichtet wurde.<sup>35</sup>

Zum gleichen Ergebnis *eines subjektiv-öffentlichen Rechts* auf rechtskonformen Unterricht gelangt man, wenn nicht entscheidend auf ein Recht auf chancengleichen Unterricht, sondern auf ein *Recht auf Einhaltung der rechtlich geregelten Stundenpläne* abgestellt wird<sup>36</sup>: Diese Regelungen sind nicht allein zur Verfolgung allgemeiner bildungspolitischer Interessen getroffen worden. Sie schützen und gestalten zugleich das Recht der Schüler auf Förderung ihrer Persönlichkeitsentfaltung. Schüler sind eben nicht nur Objekte in der Schulorganisation, sondern Subjekte, bei denen die Schulpflicht damit korreliert, dass durch den Schulunterricht zu ihrer Persönlichkeitsentfaltung beigetragen wird. Handelt es sich bei der rechtlichen Regelung von Stundenplänen um Schutznormen, so besteht ein subjektiv-öffentliches, gerichtlich durchsetzbares Recht auf entsprechenden Unterricht.

Ein solcher Anspruch steht nach seinem aus dem Grundgesetz heraus entwickeltem Schutzbereich den vom

27 Siehe zum Beispiel § 10 Verordnung des Kultusministeriums BW über die Jahrgangsstufen sowie die Abiturprüfung an Gymnasien der Normalform und Gymnasien in Aufbauform (Abiturverordnung Gymnasien der Normalform – AGVO, GBl. 2018, 388).

28 Zur Verpflichtung, die Stundentafel durch Rechtsverordnung zu regeln: *Stüer*, Recht auf unverkürzten Unterricht, RdJB 1986, 282, 284.

29 <https://www.kmk.org/dokumentation-statistik/beschluesse-und-veroeffentlichungen/bildung-schule/allgemeine-bildung.html#c1284>, abgerufen am 4.8.2019

30 Vgl. Verordnung des Kultusministeriums über die Stundentafeln der Klassen 5 bis 10 der Gymnasien der Normalform und der Klassen 7 bis 11 der Gymnasien in Aufbauform mit Internat (Stundentafelverordnung Gymnasien) vom 23.6.1999, BW GBl. 1999, S. 323 mit Kontingentsstundentafel für die Klassen 5 bis 10 der Gymnasien der Normalform, gültig ab 1.8.2018.

31 <https://www.km-bw.de/Lde/Startseite/Schule/Abitur+und+Oberstufe>, abgerufen am 13. 1. 2018.

32 So *Stüer*, Recht auf unverkürzten Unterricht, RdJB 1986, 282 ff.; *Forkel*, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, SächsVBl. 2010, 282, 283.

33 OVG Magdeburg NVwZ-RR 2018, 694 Rn. 21 unter Verweis auf *Glottz/Faber*, Richtlinien und Grenzen des Grundgesetzes für das Bildungswesen in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 28 Rn. 11–13; die Bedeutung eines chancengleichen Unterrichts wird von *Rux* (Artikel „Schulrecht“, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Bd., 3. Aufl. 2013, § 86, Rn. 130) nicht hinreichend gewürdigt; er hält einen Unterrichtsausfall erst dann für rechtswidrig, wenn er dazu führt, dass Schüler in Abschlussprüfungen scheitern; dies fordert die kritische Rückfrage heraus: Kann der Auftrag der Schule wirklich darauf reduziert werden, dass Prüfungen nur bestanden werden können? Vgl. auch *Rux*, Schulrecht, 6. Auflage 2018, Rn. 831 ff.

34 Zum Gebot der Chancengleichheit als zentralem Kontrollmaßstab im Prüfungsrecht: *Sachs*, Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnungen, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 183 Rn. 163 f. mit Nachw.

35 *Luthe*, Bildungsrecht, 2003, S. 98.

36 *Forkel*, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, SächsVBl. 2010, 282, 283.

Unterrichtsausfall betroffenen Schülern zu. Ein Anspruch auf Chancengleichheit im Bildungsbereich stellt nach Ansicht einer Kammerentscheidung des BVerfG kein Elternrecht dar, auf das sich Eltern selbst berufen könnten.<sup>37</sup>

2. Vom Anspruch auf Erteilung von Unterricht in gleicher Weise entsprechend den Stundenplänen zum Anspruch auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium

Aus der verfassungsrechtlichen Zielsetzung eines Rechts auf Bildung lassen sich nicht direkt - und damit keine originären - Leistungsansprüche, etwa auf einen Unterricht in bestimmtem Umfang, herleiten.<sup>38</sup> Denn die Annahme originärer Leistungsansprüche würde verhindern, dass dem Haushaltsgesetzgeber bei der Erfüllung seiner bildungspolitischen und seiner weiteren Staatsaufgaben ein weiter Gestaltungsspielraum für demokratisch legitimierte Politik eröffnet ist.

Anderes gilt jedoch für die sogenannten *derivativen Teilhaberechte*. Diese betreffen den Bereich, in dem ein staatliches Leistungsangebot rechtlich geregelt ist. Hier darf aus Gleichheitsgründen einzelnen Begünstigten nicht ein Teil der rechtlich geregelten Leistungen vorenthalten werden<sup>39</sup>: Denn „die Grundrechte vermitteln derivative Teilhaberechte, das heißt eine gleiche Teilhabe an den sozialen, grundrechtliche Freiheit ermöglichenden Transferleistungen“.

Diese verfassungsrechtliche Gewährleistung derivativer Teilhaberechte ist vom Bundesverfassungsgericht im dritten NC-Urteil im Kontext der Gewährleistung gleichen Zugangs zu Hochschulen besonders betont worden:

„Aus der Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich für diejenigen, die dafür die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, ein Recht auf gleiche Teilhabe am staatlichen Studienangebot und damit ein derivativer Anspruch auf gleichheitsgerechte Zulassung zum Studium ihrer Wahl“. Denn der verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz zielt „im Zusammenwirken mit Art. 3 Abs. 1 GG auch auf gleichheitsgerechte Teilhabe an staatlichen Leistungen und – hier – staatlichen Studienangeboten.“<sup>40</sup>

Was das Bundesverfassungsgericht zur gleichheitsgerechten Teilhabe an staatlichen Studienangeboten ausführt, lässt sich auf eine *gleichheitsgerechte Teilhabe an staatlichen Unterrichtsangeboten* übertragen. Denn nur diese ermöglicht dem Schüler, wie ausgeführt, sozusagen als Junktim den chancengleichen Start bei der Zuteilung von Studienplätzen.

Auch der Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg anerkennt die derivativen Leistungsrechte eines Anspruch auf eine gleichheitsgerechte Teilhabe bei der Verteilung von Studienplätzen sowie eine gleichheitsgerechte Teilhabe am Unterricht.<sup>41</sup> Auszulegen war Art. 11 Abs. 1 LV BW, wonach jeder junge Mensch „das Recht auf eine seiner Begabung entsprechende Erziehung und Ausbildung“ hat. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg handelt es sich bei Art. 11 Abs. 1 LV „nicht um einen bloßen Programmsatz, sondern um ein klares Verfassungsgebot, das in erster Linie für die Legislative, aber auch für die Exekutive gilt, wie sich aus Abs. 2 der Vorschrift, wonach das öffentliche Schulwesen nach diesem Grundsatz zu gestalten ist, und aus Abs. 4 ergibt, wonach das Nähere ein Gesetz regelt“. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes Baden-Württemberg „kann aus Art. 11 Abs. 1 LV ein subjektives Teilhaberecht auf Bildung abgeleitet werden, das jedoch im Einzelnen der staatlichen Ausgestaltung bedarf. Wegen des Organisations- und Gestaltungsspielraums des Staates nach Art. 11 Abs. 2 und 4 LV besteht im Grundsatz kein subjektives Recht auf Schaffung und Bereitstellung bestimmter Bildungseinrichtungen. Hat jedoch der Staat öffentliche Erziehungs- oder Ausbildungseinrichtungen geschaffen, ist Art. 11 Abs. 1 LV als landesrechtliches Grundrecht auf gleichen und der jeweiligen Begabung entsprechenden Zugang zu diesen Einrichtungen zu verstehen.“<sup>42</sup>

Diese verfassungsgerichtliche Rechtsprechung lässt sich mit gebotener Vorsicht auf die Verfassungsauslegung anderer Bundesländer mit vergleichbaren bildungsverfassungsrechtlichen Regelungen<sup>43</sup> übertragen: Hat ein Bundesland öffentliche Erziehungs- oder Ausbildungseinrichtungen und, wie weiter zu konkretisieren ist, bildungsrelevante Transferleistungen zur Verfügung gestellt und rechtlich geregelt, so lässt sich nicht nur aus Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch aus Landesverfassungsrecht ein subjektiv-öffentliches Teilhaberecht an diesen Leistungen begründen.

37 BVerfG-K NVwZ 2018, 728 Rn. 25 mit Verweis auf VGH Mannheim BeckRS 2013, 4685.

38 Hierzu Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 7 f. mit Ausführungen zu Ausnahmefällen.

39 Hierzu Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 9 – hier auch das folgende Zitat; zustimmend Forkel, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, SächsVBl. 2010, 282.

40 BVerfGE 147, 253, Rn. 103, 105 mit Verweis auf BVerfGE 33, 303, 330 ff.; 43, 291, 313 ff.; 134, 1, 13 f.

41 VerfGH BW, Urteil vom 30.05.2016 – 1 VB 15/15, Rn. 49 f., juris.

42 VerfGH BW, Urteil vom 30.05.2016 – 1 VB 15/15, Rn. 50, juris; zustimmend Ebert, in Haug (Hg.), Verfassung des Landes BW, 2018, Art. 11 LV, Rn. 21 mit Nachw.

43 Vgl. etwa Art. 20 Abs. 1 Bln Verf.; Art. 29 Brbg Verf.; Art. 27 Brem Verf.; Art. 20 Abs. 1 S. 1 und 2 Thür Verf.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten: So weit der Umfang von Unterricht in einzelnen Fächern rechtlich geregelt ist, besteht ein aus Art. 3 Abs. 1 GG und gegebenenfalls aus der landesverfassungsrechtlichen Gewährleistung eines Rechts auf Bildung hergeleitetes Recht der Schüler auf chancengleiche Erteilung dieses Unterrichts. Nur wenn diesem Anspruch genügt wird, kann das Recht auf chancengleichen Hochschulzugang in effektiver Weise geltend gemacht werden. Chancengleicher Unterricht ist damit *Entstehensvoraussetzung für ein Recht auf chancengleichen Hochschulzugang*.

### 3. Obergrenzen des Unterrichtsausfalls: Gleichheitswidrigkeit und Unzumutbarkeit

Der Anspruch des Schülers auf Gleichheit bei der Vermittlung des Unterrichtsstoffes geht nicht so weit, dass in jedem Fach die vorgesehene Zahl an Unterrichtsstunden strikt eingehalten werden müsste. Es ist zumutbar, dass, aus welchen Gründen auch immer, einzelne Unterrichtsstunden ausfallen.

#### a) Die Frage einer quantitativ festlegbaren Obergrenze

Damit geht es um die Klärung folgender Frage: Welche „quantitativen Obergrenzen“ von Unterrichtsausfällen sind noch verhältnismäßig und zumutbar? Diese quantitativen Obergrenzen sind im Hinblick ist das *jeweilige Unterrichtsfach* und auf den *Unterricht insgesamt* zu bestimmen.

In vielen Rechtsbereichen wird mit dem Argument der Obergrenzen diskutiert, ab wann eine bestimmte Quantität in eine *neue Qualität* umschlägt. So ist etwa im Polizei- und Sicherheitsrecht die Rechtsfigur der Ermessensreduzierung auf Null entwickelt worden, die polizeiliche Passivität bei der Gefahrenabwehr unterbindet. Die Polizei muss lediglich *erhebliche Gefahren* für das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum abwenden.<sup>44</sup> Maßstab für diese polizeirechtliche Ermessensgrenze ist also eine erhebliche, nicht mehr zumutbare Gefährdung von *existentiellen, grundrechtlich geschützten Rechtsgütern*.

In ähnlicher Weise lassen sich die Obergrenzen eines noch verhältnismäßigen und zumutbaren, dem Gleichheitsgebot nicht widersprechenden Ausfalls von Unterricht bestimmen. Entscheidend für die Zumutbarkeitsgrenze ist, ab wann die ernst zu nehmende Gefahr besteht, dass ein Unterrichtsausfall die Chancengleichheit in Bildung und Ausbildung zu verletzen vermag. Maßstab für die Bestim-

mung der Obergrenze von Unterrichtsausfall ist also die erkennbare Gefährdung eines Anspruchs auf Chancengleichheit in Bildung und Ausbildung. Dieser grundrechtlich geschützte Bereich ist von *erheblicher Relevanz* für die Verfolgung von persönlichen Lebensentwürfen und damit für den *Kernbereich individueller Persönlichkeitsentfaltung*. Da von einer Abiturnote die Aufnahme eines selbstgewählten Studiums abhängen kann, greift ein die Obergrenze überschreitender und die Abiturnote verschlechternder Unterrichtsausfall in unverhältnismäßiger Weise in den engsten Bereich der Persönlichkeitsentfaltung ein.

Es bedarf also eines „quantitativ und qualitativ gleichen Schulunterrichts“, um dem Anspruch der Schüler auf gleiche Teilhabe an den vorhandenen Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen genügen zu können. Denn nur wer im Gymnasium die gleichen Bildungschancen wie alle Mitschüler in der Kohorte seiner Klassenstufe hatte, kann sein Recht auf chancengleiche Bildung und Ausbildung sowie auf chancengleichen Zugang zu Hochschule und/oder Berufsausbildung in effektiver Weise wahrnehmen.

#### b) Voraussetzungen von Unterricht in Abweichung vom Stundenplan

Ab einer im Folgenden zu erörternden Quantität des Unterrichtsausfalls besteht ein subjektiv-öffentliches Recht auf Unterlassung des Unterrichtsausfalls bzw. positiv formuliert auf Unterrichtserteilung. Die Rechtsprechung hat dies dahin formuliert: Es besteht ein „Anspruch, von unzumutbaren oder gänzlich unangemessenen Schulbesuchsbedingungen verschont zu bleiben“<sup>45</sup>, – und damit auch von einem unzumutbarem Unterrichtsausfall.

Bei der Prüfung, ob ein Unterrichtsausfall unverhältnismäßig und unzumutbar ist, muss man berücksichtigen und abwägen<sup>46</sup>:

(1.) Handelt es sich bei dem in Rede stehenden Unterricht um einen unmittelbar prüfungsvorbereitenden Unterricht, der in Noten eingeht, die für die Hochschulzulassung oder für die Berufsausbildung von Bedeutung sind? Ein im Abitur nicht prüfungsrelevanter Unterrichtsausfall ist eher hinzunehmen als in den Kernfächern der Abiturprüfung.

(2.) Handelt es sich um einen Unterrichtsausfall in den unteren Klassen und besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass dadurch entstandene Defizite in den folgenden Schuljahren wieder ausgeglichen werden können?<sup>47</sup> Unterrichtsausfälle in den unteren Klassen sind eher zu-

44 Württenberger/Heckmann/Tanneberger, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 5 Rn. 354.

45 OVG Koblenz BeckRS 2011, 45203, unter 1b, aa unter Verweis auf BVerfGE 34, 165, 182 ff.; vgl. auch OVG Koblenz NVwZ 1986, 1036; Forkel, SächsVBl. 2010, 282, 283; Theuersbacher, NVwZ 1995, 1178.

46 OVG Magdeburg NVwZ-RR 2018, 694 Rn. 30, juris; vgl. auch VG Halle, Beschluss vom 16.04.2018 – 6 B 232/18 HAL, BeckRS 2018, 13098, Rn. 10 ff.

47 Vgl. insoweit Rux, Schulrecht, 6. Auflage 2018, Rn. 835.



mutbar als in den letzten drei Klassen vor dem Abitur. Denn in diesen Klassen lassen sich erhebliche Unterrichtsausfälle durch späteren Unterricht in der Regel nicht nachbessern.

(3.) Wo verläuft die quantitative Untergrenze des Unterrichts, um die nach den Bildungsplänen vorgeschriebenen Zielsetzungen zu erreichen? Diese Frage stellt sich nur, wenn in gymnasialen Bildungsplänen *keine Vorgaben* gemacht sind, in *welchem Stundenumfang* ein bestimmtes Fach zu unterrichten ist.

(4.) Ist der Unterrichtsumfang *rechtlich* festgelegt, stellt sich die Frage: Wo verläuft die quantitative Obergrenze eines noch hinnehmbaren Unterrichtsausfalls? Oder anders formuliert: Was ist der verfassungsrechtliche Mindeststandard an Unterricht, der bei einem Unterrichtsausfall zu wahren ist?

c) Zur Bestimmung der Obergrenze eines gleichheitswidrigen und infolgedessen unzumutbaren Unterrichtsausfalls

Die Fragen, welche *quantitativen Obergrenzen von Unterrichtsausfällen noch zumutbar* und damit noch statthaft sind und wo die Obergrenze eines gleichheitswidrigen und infolgedessen unzumutbaren Unterrichtsausfalls verlaufen, lassen sich nicht einfach beantworten. An folgendem *Maßstab* muss sich die Beantwortung dieser Fragen orientieren: Die Obergrenze eines gleichheitswidrigen und unzumutbaren Unterrichts in den Schuljahren vor dem Abitur ist überschritten, wenn der Unterricht in den Abiturfächern in dem Maß die rechtlich vorgeschriebene Unterrichtszeit unterschreitet, dass ernsthaft zu befürchten steht, dass dieser Unterrichtsausfall Auswirkungen auf die Abiturnote und damit auf eine Studiums- und Berufsaufnahme gemäß der individuellen Lebensplanung hat.<sup>48</sup>

Die Abiturnote wird nach der in der „Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung (VergabeVO Stiftung)“ geregelten Formel errechnet. Bereits ein Zehntel-Punkt im Notendurchschnitt kann über die Zulassung zum Hochschulstudium eigener Wahl und damit über die individuelle Lebensplanung entscheiden. Eine nur geringfügige Notenverbesserung kann also über die Zulassung zu einem Studienfach entscheiden, das die Qualifikation zum Wunschberuf des Schülers vermittelt. Als Faustregel hat zu gelten: So wie die Hochschulen in den NC-Fächern alle ihre Ausbildungskapazitäten bis zum letzten Platz auszuschöpfen haben, müssen die Haushaltsgesetze-

ber sowie die Kultusministerien mit ihren Schulen dafür sorgen, dass ein *chancengleicher Unterricht* die Voraussetzungen dafür schafft, dass eine *chancengleiche Abiturnote* den *chancengleichen Zugang zum Studium* ermöglicht.

Legt man diesen Maßstab an, so ergibt sich für den noch zumutbaren, gegen das Recht auf Chancengleichheit nicht verstößenden Unterricht: In den letzten drei Schuljahren vor dem Abitur dürfen an den Gymnasien während eines Schuljahres nicht mehr als 8 % an Unterricht<sup>49</sup> in einem einzelnen Fach durch eine qualifizierte Lehrkraft ausfallen. Gleiches gilt für einen Unterrichtsausfall von 8 % während *eines Halbjahres in den Abiturfächern insgesamt*.

Ein genauer empirischer Nachweis für diese 8 %-Grenze kann derzeit nicht erwartet werden, da es bislang kaum Studien zu den Folgen von Unterrichtsausfällen gibt. Nur eine empirische Studie weist für den Vertretungsunterricht nach, dass diese Größenordnung des Vertretungsunterrichts zu einem deutlichen Leistungsabfall der betroffenen Schüler führt.<sup>50</sup> Wenn man also fragt, in welchem Ausmaß Unterricht ausfallen kann, ohne dass der *Leistungsstand* negativ beeinflusst wird, so sind 8 % die Obergrenze für einen Unterrichtsausfall, der noch nicht zwingend schlechtere Kenntnisse und damit schlechtere Noten befürchten lässt. Wer eine *noch höhere Obergrenze* für zumutbar hält, zweifelt daran, dass das Erreichen der Bildungs- und Unterrichtsziele jenes Stundenumfangs bedarf, der in den Bildungsplänen vorgesehen ist. Und davon abgesehen würde der Umfang der Schulpflicht in Frage gestellt, wenn auch mit 8 % (oder noch) weniger Unterrichtszeit die bildungspolitischen Ziele erreicht werden könnten.

### III. Welche Maßnahmen zur Verminderung des Unterrichtsausfalls?

Auch im schulischen Bereich gilt der Rechtsgrundsatz: *Ultra posse nemo tenetur* – ein Unterrichtsausfall, der nicht vermeidbar ist, muss hingenommen werden. Deswegen gehört es zur Normalität, dass unvorhersehbare Ereignisse zu einem unvermeidbaren Unterrichtsausfall führen können. Jenseits des Unvermeidbaren besteht die rechtliche Verpflichtung des jeweiligen Haushaltsgesetzgebers, des jeweiligen Kultusministeriums und der jeweiligen Schulleitung, alles rechtlich und faktisch Mögliche zu veranlassen, um unverhältnismäßigen und unzumutbaren Unterrichtsausfällen vorzubeugen und diese zu verhindern.

In den Debatten um den Unterrichtsausfall ist ein Dauerthema, ob im Landeshaushalt hinreichend Lehrerstellen ausgewiesen sind, um Unterrichtsausfälle zu vermeiden.

48 Ähnlich Avenarius, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, S. 394, der aber entscheidend auf die Erreichung der Bildungsziele abstellt. Gefährdet der Unterrichtsausfall die Erreichung der Bildungsziele, werden von Avenarius Klagemöglichkeiten bis zu einer Amtshaftungsklage bejaht.

49 Zu derartigen Prozentzahlen vgl. Avenarius, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, S. 393 mit Fn. 8.

50 Zu dieser Studie vgl. Fn. 11.

Blicken wir also zunächst auf den Haushaltsgesetzgeber: Beim Beschluss über den Haushaltsplan ist der Landtag grundsätzlich frei, wie und in welchem Umfang Bildungsausgaben in den Staatshaushalt eingestellt werden. Gleichwohl unterliegt der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Landeshaushalts Bindungen, die einzulösen er verpflichtet ist. Wenn das Landesrecht bestimmt, dass zum Beispiel an Gymnasien ein bestimmter Stundenplan einzuhalten ist, ist der Haushaltsgesetzgeber verpflichtet, die für den entsprechenden Unterricht nötigen Lehrerstellen zu etatisieren.<sup>51</sup> Diese Pflicht zur Etatisierung von Lehrerstellen umfasst natürlich ebenfalls Lehrerstellen zur Überbrückung von Unterrichtsausfall. Wie der Gesetzgeber insgesamt ist auch der Haushaltsgesetzgeber an die Grundsätze der Konsequenz im Recht, der Systemgerechtigkeit und der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gebunden. Der Sachgesetzgeber und der Haushaltsgesetzgeber sind verpflichtet, die durch Leistungsgesetze verursachten Ausgaben vollumfänglich in den Haushaltsplan einzustellen. Eine Normdivergenz zwischen der staatlichen Verpflichtung zu Leistungen und den insoweit erforderlichen Haushaltsmitteln muss im demokratischen Rechtsstaat ausgeschlossen sein. Was der Landesgesetzgeber im Schulbereich *als Sachgesetzgeber* regelt, muss er *als Haushaltsgesetzgeber auch finanziell ermöglichen*.<sup>52</sup> Soweit eine zu geringe Zahl von Planstellen für Lehrer einschließlich einer Lehrerreserve zu Unterrichtsausfall führt, hat der Haushaltsgesetzgeber dem Unterrichtsausfall mit einem angemessenen Ausbau der Lehrerreserve begegnen.

Es bleibt jedoch das Problem, was zu geschehen hat, wenn der Haushaltsgesetzgeber dieser Verpflichtung nicht nachkommt. Können rechtliche und verfassungsrechtlich zwingende Verpflichtungen mit den im Haushaltsplan zur Verfügung gestellten Finanzmitteln nicht erfüllt werden, sind zur Vermeidung von Unterrichtsausfall über- bzw. außerplanmäßige Ausgaben nach § 37 LHO BW geboten.<sup>53</sup>

Daher muss die Erteilung von Lehraufträgen zur Bewältigung von Unterrichtsausfall haushaltsrechtlich möglich sein.

Eine haushaltsrechtliche Begrenzung dieser Lehrauftragsmittel ist nicht statthaft. Um ein ausreichendes und für alle Schüler gleiches Lehrangebot an den Gymnasien des Landes zu garantieren, sind finanzielle Restriktionen der zur Bewältigung des Unterrichtsausfalls zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel, wie sie in einzelnen Bundesländern bestehen, unzulässig. Verstöße gegen die Chancengleichheit in der Bildung dürfen nicht auf haushaltsrechtlichen Restriktionen bei der Erteilung von Lehraufträgen beruhen.

Die Gymnasien sind verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen Unterrichtsausfälle zu vermeiden.<sup>54</sup> Werden zum Beispiel dienstliche Gründe für einen Unterrichtsausfall vorgetragen, so ist abzuwägen: Wie gewichtig ist der dienstliche Grund und wie gewichtig ist die Vermeidung von Unterrichtsausfall? Bei dieser Abwägung gilt die bekannte je desto-Formel: Je gravierender die Belastungen durch den Unterrichtsausfall an einem Gymnasium sind, desto weniger dürfen dienstliche Gründe für einen Unterrichtsausfall maßgeblich sein.

Von der Schule ist darauf hinzuwirken, dass in einem einzelnen Fach nicht mehr als höchstens 8% des stundenplanmäßigen Unterrichts ausfällt bzw. durch nicht hinreichend qualifizierte Vertretungskräfte erbracht wird. Hierzu bedarf es erleichterter Einstellungsmöglichkeiten für qualifizierte Aushilfskräfte. Was den *Zeitpunkt der Erteilung entsprechender Lehraufträge* betrifft: Diese müssen bereits erteilt werden, bevor gravierende Unterrichtsausfälle drohen. Denn auch Unterrichtsausfälle, die noch nicht gravierend sind, widersprechen der rechtlichen Verpflichtung zur Erteilung von Unterricht und dürfen nicht sehenden Auges hingenommen werden. Es ist eben ein Unterricht zu gewährleisten, der dem rechtlich festgelegten Stundenplan entspricht.

Soweit dem Unterrichtsausfall in einzelnen Fächern durch Einstellung von Lehrern nicht abgeholfen werden kann, da es nicht genügend Hochschulabsolventen gibt, muss der Unterricht von qualifizierten Quereinsteigern und von pensionierten Lehrkräften, die, wie in einigen Bundesländern, ein attraktives Angebot erhalten, erfolgen.<sup>55</sup>

51 Gerichtlich lässt sich diese Verpflichtung des Landesgesetzgebers allerdings nicht durchsetzen: *Luthe*, Bildungsrecht, 2003, S. 146 mit Nachw.

52 Zu diesen Grundsätzen vgl. *Würtenberger*, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, S. 339 ff.; *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Brüning*, Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung - Ein Topos mit verfassungsrechtlichen Konsequenzen?, NVwZ 2002, 33 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 12 Rn. 26 ff.; § 23 Rn. 60 ff.; *Jarass*, Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, AöR 126 (2001), 588 ff.; *Sodan*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, 864 ff.

53 Vgl. *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 50 Rn. 104.

54 BVerwG NVwZ 1984, 796 f.

55 Von den ARGES der Regionen Baden-Württembergs wird gefordert:

- Mindestens 110-prozentige Unterrichtsversorgung für die Schulen des Landes durch zusätzliche Planstellen für das Kultusministerium, finanziell abgesichert im Landeshaushalt.
- Ende der Entlassung von Referendaren nach dem 2. Staatsexamen; Bezahlung während der Sommerferien statt Wiedereinstellung zum ersten Schultag des neuen Schuljahres.
- Springerverträge für jeweils ein Schuljahr (einschließlich der Ferien) für examinierte Lehrer. Entsprechende landesweite Einteilung in örtliche Bereiche. Begünstigung für die Einstellung in den Schuldienst nach Absolvieren eines „Springerdienstes“.
- Einstellung von Quereinsteigern mit entsprechender beruflicher Qualifizierung und zeitlichen Kapazitäten.

Erhebliche Unterrichtsausfälle, die sich über Jahre hinziehen, lassen auf politisch nicht bewältigte *strukturelle Probleme* bei der Organisation eines rechtskonformen Schulunterrichts schließen. Zur Beseitigung struktureller Probleme bedarf es bisweilen längerer Zeiträume, um Abhilfemaßnahmen auf den Weg zu bringen. Was aber das Bildungsverfassungsrecht verbietet: Unzumutbarer Unterrichtsausfall darf nicht über viele Jahre hinweg sehenden Auges toleriert werden.

Thomas Würtenberger ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht.

